|  |  |
| --- | --- |
| **בית המשפט המחוזי בבאר שבע** | |
|  |  |
| **תפ"ח 16193-01-15 מדינת ישראל נ' מיכלאשוילי(עציר)** | |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בפני** | **כב' השופטת חני סלוטקי – אב"ד**  **כב' השופט אלון אינפלד**  **כב' השופט אריאל חזק** | |
| המאשימה | | מדינת ישראל  **ע"י ב"כ עו"ד עפרה לוי ועו"ד איילת קדוש** |
| **נגד** | | |
| הנאשם | | מיקי מיכאל מיכלאשוילי (עציר) – ת.ז. xxxxxxxxx  **ע"י ב"כ עו"ד ניל סימון** |
| חקיקה שאוזכרה:  [חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [20](http://www.nevo.co.il/law/70301/20), [28](http://www.nevo.co.il/law/70301/28), [29](http://www.nevo.co.il/law/70301/29), [29(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/29.b), [32](http://www.nevo.co.il/law/70301/32), [34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a), [34 א(א)( 1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a.a.1), [34א(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a.a.2), [34ט(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34i.b), [34י](http://www.nevo.co.il/law/70301/34j), [40ב](http://www.nevo.co.il/law/70301/40b), [40ז](http://www.nevo.co.il/law/70301/40g), [40ט(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40i.a.2), [40ט(א)(5)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40i.a.5), [40ט(א)(7)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40i.a.7), [144 (א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/144.a), [298](http://www.nevo.co.il/law/70301/298), [300(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300.a.3), [34יד](http://www.nevo.co.il/law/70301/34jd)  [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law/70320)  [חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984](http://www.nevo.co.il/law/74849): סע' [80(ג)(2)](http://www.nevo.co.il/law/74849/80.c.2)    **גזר דין** | | |

**השופטת ח. סלוטקי**

הנאשם הורשע על פי הודאתו בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום המתוקן; עבירה של **הריגה** – עבירה לפי [סעיף 298](http://www.nevo.co.il/law/70301/298) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), תשל"ז – 1977 (להלן: "החוק"); **עבירות נשק** (החזקת נשק ותחמושת) - עבירה לפי סעיף [144 (א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/144.a) רישא וסיפא לחוק.

הודאת הנאשם באה בעקבות הסדר טיעון לאחר הליך גישור בין הצדדים ולאחר שנשמעו מרבית ראיות התביעה. ההסדר נערך על דעת משפחת הקורבן.

הסדר הטיעון כלל הגשת כתב אישום מתוקן בו הורשע הנאשם בעבירת הריגה חלף עבירת הרצח בה הואשם בכתב האישום המקורי. כן הגיעו הצדדים להסדר לעניין העונש על פיו ביחס לעונשו של הנאשם, המאשימה תעתור להטלת עונש מאסר בפועל של 15 שנה ואילו ההגנה תהא חופשית בטיעוניה. בנוסף לכך, המאשימה תעתור להטלת עונש המאסר בפועל במצטבר לעונש המאסר אותו מרצה הנאשם ואילו ההגנה, תעתור להטלת עונש המאסר בחופף לעונש שהנאשם מרצה.

ביחס לפיצוי, הצדדים יטענו באופן חופשי.

על פי המתואר בכתב האישום המתוקן, הנאשם ומיכאל בוסקילה (יליד 1990) ז"ל (להלן: "המנוח"), הינם בני דודים. שניהם תושבי אשדוד. במועדים הרלוונטיים לכתב האישום, החזיק הנאשם באקדח מסוג קולט, מ"ר 38147RS שנגנב בשנת 2007 ממשה פלח (ז"ל), (להלן: "האקדח"). זאת, על אף שלנאשם אין רישיון כדין להחזיק באקדח.

בין "המנוח" לנאשם היו קשרי חברות, עובר לאירועים נשוא כתב האישום, והם אף היו שותפים למתן הלוואות חוץ בנקאיות. המנוח מימן את ההלוואות ותפקידו של הנאשם היה לגבותן ולחלוק עם המנוח את הרווחים.

הנאשם נהג להסתיר את האקדח במקום מסתור באזור התעשייה של אשדוד, סמוך לרחוב המגדלור, אליו מגיעים דרך שביל עפר, למתקן קידוח של מקורות, המכונה "יבנה 408", מקום המוסתר מהכביש. את האקדח החזיק הנאשם יחד עם תחמושת, ציוד לניקוי וטיפול באקדח וכן רימון הלם (סינוור) (להלן: "הזולה"). לעיתים, עובר לאירועים שבכתב האישום, הזמין הנאשם את המנוח למטווח באקדח סמוך לזולה.

בתאריך 13.11.13 הנאשם תכנן להביא את המנוח למקום מבודד בסמוך לזולה, על מנת לפגוע במנוח.

במסגרת התכנון כאמור לעיל, בתאריך 13.11.13, שוחח הנאשם עם המנוח והתכתב עמו במסרונים, והשניים סיכמו כי יפגשו ליד ביתו של הנאשם בסביבות 17:30.

המנוח סיים את עבודתו, ונסע ברכבו מסוג מזדה 6 (להלן: "הרכב"), לרחוב ביאליק, ליד כיכר סיגל, שם נפגש עם הנאשם, סמוך לפני השעה 17:30.

סמוך לאחר מכן, המנוח נסע ברכב ברחוב המגדלור לכיוון המטווח והזולה, והחנה את רכבו ליד מתקן הקידוח. הנאשם, במסגרת התכנון האמור לעיל, הגיע למקום אף הוא, בדרך שאינה ידועה למאשימה.

הנאשם או אחר, הוציא את האקדח מהמסתור, וסמוך לאחר מכן, מסיבה שאינה ידועה למאשימה, נורה המנוח באמצעות האקדח, מטווח קצר של פחות ממטר אחד, על ידי הנאשם, או על ידי אדם אחר בנוכחות הנאשם, כשהנאשם אדיש לאפשרות שהמנוח ימות כתוצאה מהירי.

שש יריות פגעו בגופו של המנוח, בפלג גופו העליון.

המנוח התמוטט, נפל וסמוך לאחר מכן מת כתוצאה מהירי בגופו.

הנאשם או אחר, הסתיר את האקדח בזולה, בקופסה, בתוך שקית, יחד עם התחמושת והרימון, מתחת לפני הקרקע, וחזר לאשדוד.

הנאשם, במעשיו כמתואר לעיל, גרם בעצמו או ביחד עם אחר, למותו של המנוח, במעשה אסור, באמצעות האקדח, בו החזיק ללא רישיון כדין.

**תסקיר נפגעי עבירת המתה** (להלן: **"התסקיר"**)

שירות המבחן ערך תסקיר נפגעי עבירה- עבירת המתה ביחס למשפחתו של המנוח.

בין השאר, מבוסס התסקיר על מפגשים עם בני משפחת המנוח; אמו של המנוח - ה., שתי אחיותיו הבוגרות ר. ו-ה. ועם אחיו הצעיר של המנוח ת. אחיו הבוגר של המנוח ואביו בחרו שלא להיפגש עם שירות המבחן, אולם האח הבוגר הסכים כי תהיה התייחסות ביחס למצבו על בסיס תיאורי משפחתו.

עורכת התסקיר התרשמה כי כיום, 3 שנים מהיום בו בוצע מעשה ההריגה, משפחת המנוח שרויה באבל עמוק שאינו מרפה ואינו נעשה קל יותר, חרף חלוף הזמן.

להתרשמותה של עורכת התסקיר, בלט כי מותו הפתאומי והאלים של המנוח, שנגרם על ידי בן המשפחה המורחבת הקרובה, גרם לעצירה ולקטיעת החיים של המשפחה כולה. בנוסף, הותיר חלל, כאב ואובדן, המלווים ומציפים כל אחד מהנפגעים, איתם נפגשה עורכת התסקיר, באופן קשה וכואב.

עורכת התסקיר מצאה כי לעובדה שמות המנוח נגרם על ידי בן משפחה משמעות לעניין נזקי המשפחה, לפיכך פירטה את הרקע למעשה ההריגה.

עורכת התסקיר הטעימה כי הנאשם והמנוח הם בניהם של שתי אחיות, שניהם נקראו על שם דודם- אחיהן של האימהות, שנרצח בהיותו חייל. מדובר בשתי אחיות גרושות ואימהות לילדים שהיוו האחת עבור השנייה מקור משמעותי לתחושה של קרבה ומשפחתיות, עד כדי כך שמשפחת המנוח העתיקה את מקום מגוריה מצפון הארץ לאשדוד, עיר מגורי משפחת הנאשם. על פי האמור בתסקיר, הקשר בין שתי האחיות- אם המנוח ואם הנאשם, תואר כקשר קרוב ומיוחד המבוסס על תמיכה ועזרה הדדית, כשכל אחת מהן תרמה מזמנה הפנוי לטיפול בילדיה של אחותה. בהתאם בילו ילדיהן של שתי האחיות זמן רב, ולעיתים אף ימים כיחידה משפחתית אחת ונרקמו ביניהם קשרים שתוארו כקשרי אחאים, קרובים וחיוביים.

עורכת התסקיר התרשמה כי מותו הפתאומי והטראגי של המנוח הותיר את הנפגעים להתמודד עם אובדן קשה, כאב שאינו מרפה ומצוקה מתמשכת. בשיחות עמם ניכר העצב, הגעגועים והקושי להשלים עם הסופיות של המוות. עורכת התסקיר ציינה כי השיחות עמם לוו בבכי ובכעס שהופנה כלפי הנאשם ומשפחתו.

להערכתה, מדובר באובדן המתואר בספרות המקצועית כ"אבל טראומטי", המאופיין במוות פתאומי ומוערך כאובדן כואב וקשה במיוחד, כשלא ניתן להכיל את רגשות הזעזוע, האימה והכאב המציף. בנוסף, מוות פתאומי, ללא הכנה מוקדמת גורר תוצאות קשות של אבל, פוגע בתחושת הביטחון, בתפקוד ומעכב אפשרות להתאושש מהאבל. במקרה זה, הקרבה המשפחתית בין המנוח לפוגע, מהווה תחום נזק נפרד המעצים את הקושי של המשפחה להתמודד עם מות יקירם.

על פי התסקיר, העובדה כי מותו של המנוח נגרם על ידי בן דוד ולאור הקשרים הקרובים שנרקמו ונשמרו במשך השנים בין שתי המשפחות, גרם לנפגעים תחושת בגידה קשה מנשוא. מעשהו של הנאשם נתפס על ידם כמעין רצח בין אחים. מצב זה ניפץ את הלכידות שהייתה בין שתי המשפחות וגרם לחוויה כי היחסים הקרובים וההדדיים היו למעשה אשליה. כל אלו הובילו לקרע ולנתק בין שתי המשפחות.

למעשה מעבר לאובדן יקירם התווסף אובדן של משפחה מורחבת שמשך שנים היוותה רשת תמיכה משמעותית עבור כל אחד ואחת מהם.

עורכת התסקיר מציינת כי היבט נוסף של נזק המעצים את הטרגדיה והאובדן אצל הנפגעים, הוא הקושי של המשפחה להתמודד עם האכזריות והסתמיות שבפגיעה. האמונה כי הנאשם פעל מתוך תחושת קינאה ובצע כסף ממשיכה להטריד ולייסרם. על פי התסקיר, ניכר כי העולם כיום, נחווה על ידי הנפגעים כמקום לא בטוח שסכנות אורבות בכל פינה ובכל רגע.

כמו כן עלה כי האובדן של יקירם גרם לשבר המשפחה כולה , הם מצויים באבל מתמיד והשמחה ששררה בביתם איננה.

עורכת התסקיר הוסיפה כי בשיחות עם הנפגעים בלטו הכעס והזעם על הנאשם, הגוברים עם הזמן, על כך שבחווייתם הנאשם במעשיו "רצח לא רק את מיכאל, אלא רצח את כל המשפחה", כלשונם.

על פי סיכום התסקיר, מדובר במשפחה אשר בטרם מות יקירם ניהלה חיי שיגרה רגילים, חוו את עצמם כמשפחה מלוכדת, צלחו משברים וקשיים בתקווה לעתיד טוב יותר. מות המנוח העמיד את בני המשפחה בפני התמודדות עם טראומה שחוו סביב האובדן של אדם יקר ואהוב בנסיבות כה טראגיות ואלימות. לאובדן של בן ואח אליו היו קרובים משמעות רבה עבור כל אחד ואחד מהם בהתאם לגילו ומצבו, כאשר בולטים קשיים בתפקוד ובמצבם הרגשי.

להתרשמותה של עורכת התסקיר, כיום בחלוף מעל לשנתיים וחצי מאז מות המנוח, מתקשים הנפגעים עמם נפגשה להשתקם ולהאמין כי אי פעם יוכלו לחזור לרמות תפקוד מספקות בכל התחומים.

להערכתה, הנפגעים זקוקים לסיוע גורמי מקצוע לתמיכה ועזרה בהתמודדות עם טראומת האובדן.

הנפגעים מאמינים כי אין עונש שיוכל לפצות על האובדן הקשה, אולם ענישה מחמירה של הנאשם עשויה להחזיר להם, ולו במעט את תחושת הביטחון והצדק.

על פי התסקיר, ייתכן וסיום ההליך המשפטי יאפשר להם להיות יותר פנויים לשיקום מצבם הרגשי והתפקודי.

במטרה להעביר מסר של הכרה במשמעות הפגיעה, המלצת שירות המבחן היא שבנוסף לכל מרכיבי הענישה, יוטל על הנאשם פיצוי כספי משמעותי לטובת משפחת המנוח.

**טיעוני הצדדים**

במסגרת הראיות לעונש, ב"כ המאשימה הגישה לבית המשפט את הרישום הפלילי של הנאשם, את גזרי הדין בעניין המאסר אותו הנאשם מרצה כעת וכן אסופת פסיקה.

כמו כן, העידה אמו של המנוח.

אמו של המנוח סיפרה לבית המשפט על הקשיים שהיא עוברת נוכח מותו של בנה. לדבריה הקושי בא לידי ביטוי בכל יום בתפקוד היומיומי. לדבריה הדיונים המשפטיים קשים לה גם כן.

אם המנוח סיפרה כי תחילה נאלצה להתמודד עם מוות של ילד וכעת היא מתמודדת עם דברים נוספים. לדבריה אין יותר שמחת חיים בבית ולה קשה יותר מכולם בהיותה אם שאיבדה את בנה.

בפתח טיעוני המאשימה הובאו טיעוניה לעניין הסדר הטיעון והנימוקים שהביאו את הצדדים להסדר האמור. לאחר מכן, טענה המאשימה לעניין העונש עצמו.

המאשימה סקרה בקיצור תיק זה בפני בית המשפט. לדבריה ביום 13.11.13 מיכאל בוסקילה ז"ל, בן דודו של הנאשם, נורה בפלג גופו העליון שש יריות קטלניות. כבר באותו ערב כשהמנוח לא הגיע לארוחת הערב החלו החיפושים אחריו וסמוך לשעה אחת לפנות בוקר נמצא המנוח. הנאשם שהשתתף גם הוא בחיפושים נעצר מיד כחשוד ברצח ואולם לאחר שלא נמצאו דיי ראיות להעמידו לדין הוא שוחרר ממעצר. כעבור מספר חודשים תיק החקירה הועבר לצוות אחר ובמהלך חקירה זו נמצאה ראיית ד.נ.א על גרב שקשור לזירת הרצח. בעקבות כך, הנאשם נעצר פעם נוספת ובסיום החקירה הוגש נגד הנאשם כתב אישום המייחס לו את עבירת הרצח וכן עבירות נשק.

ב"כ המאשימה הוסיפה כי התיק התבסס על ראיות נסיבתיות בלבד, שלהשקפתה דיי היה בהן כדי להרשיע הנאשם ברצח. עם זאת, כבר בעת הגשת כתב האישום היה ברור למאשימה כי מדובר בתיק קשה מאוד להוכחה. ב"כ המאשימה התייחסה למישור העובדתי והטעימה כי הנאשם הכחיש לאורך כל הדרך כי הוא זה שביצע את הרצח, הוא לא הכחיש דברים רבים אחרים אולם, הכחיש כי הוא שביצע את הרצח. לטענת המאשימה, עוד עם הגשת כתב האישום ועד היום אין בידיה ראייה ישירה לזהות היורה, כלומר מי ירה בפועל. עד היום לא ידוע למאשימה האם הנאשם היה בזירה לבדו או שנכחו שם אנשים נוספים. כידוע, התיק התנהל ונשמעו הוכחות ולבסוף במהלך המשא ומתן שהתקיים בין המאשימה להגנה, הנאשם הסכים להודות בנוסח שהוגש לבסוף, ככתב האישום המתוקן. עיקרו של כתב האישום המתוקן הוא ביסוד הנפשי שליווה אותו בזמן שהיה במקום כשהירי בוצע.

המאשימה טענה כי אילו היינו מגיעים לתוצאה זו במסגרת הוכחות, המאשימה הייתה טוענת כי מדובר בגרסה כבושה וכו'. אולם, בהיותה התביעה, עליה לחפש את האינטרס הציבורי ואת הרצון להגיע קרוב ככל האפשר לחקר האמת. כך עמדה בפני המאשימה הדילמה, האם להמשיך ולנהל את הראיות בתיק נסיבתי מאוד מאוד קשה, לבין הגעה להסדר טיעון בהינתן שלנאשם יש נכונות להודות בחלק ניכר של האירוע כשעונש משמעותי בצידו, יש לפחות וודאות מוחלטת לענישה מסוימת על חלק מסוים של האירוע.

לטענת המאשימה, ניתן לשמוע הד לטענותיה בדברי אם המנוח, כאשר משפחת המנוח הייתה שותפה לכל אורך הדרך והם הסכימו עם המאשימה.

מבחינת האם מדובר ברצח אך משאנו חיים בעולם המשפטי וכבולים בראיות שיש לנו, הנאשם הודה בעובדות שמקימות ספק לגבי היסוד הנפשי. הנאשם הודה כי הוא הביא את המנוח למקום כדי לפגוע בו אך לא פירט איזו פגיעה והעלה ספק לגבי התכנון מראש לבצע רצח. כידוע, במשפט הפלילי ספק עובד לטובת הנאשם ואנו צריכים לצאת מנקודת הנחה שזה היה אדם אחר שירה במנוח והנאשם היה אדיש לתוצאה. מבחינה משפטית המסקנה המתקבלת היא של הריגה.

באשר לעונש המוצע בהסדר הטיעון טענה ב"כ המאשימה כי למעשה הנאשם הודה בהריגת המנוח ובהחזקת נשק, כמפורט בכתב האישום המתוקן. המעשה מגולל נסיבות של הריגה המשיקות לעבירת הרצח. בסופו של יום, בשל הקושי הראייתי להוכיח כי הנאשם בעצמו הוא שאחז בנשק ולאחר משא ומתן ממושך שכלל גם הליך של גישור, הנאשם הורשע בהריגה.

באשר לפסיקה בדבר הענישה בעבירות אלו נקבע כי מדובר בעבירות שמתחם הענישה הוא במנעד רחב ותלוי בכל מקרה ונסיבותיו. ב"כ המאשימה הדגישה כי הצדדים אינם טוענים למתחם, אולם מהפסיקה שהוגשה ניתן לראות כי בהסתכלות כוללת מדובר ברף ענישה של בין 15 ל- 20 שנות מאסר. בתיק זה המאשימה מבקשת עונש של 15 שנות מאסר בפועל שהוא למעשה ברף התחתון.

אכן, העיקרון המודגש בפסיקה הוא שבעבירות של נטילת חיים יש ליתן ביטוי יתר לענישה, עם זאת יש ליתן ביטוי גם לנסיבות ביצוע העבירה, לזהות מבצע העבירה ולאופן בו נהרג המנוח.

המאשימה הפנתה את בית המשפט לפסיקה שהוגשה, ל[ע"פ 40/10](http://www.nevo.co.il/case/5673083) שם מדובר במערער שהורשע בעבירת הריגה ובעבירת ניסיון הריגה ונידון ל- 18 שנות מאסר בפועל בגין הריגה וחמש שנות מאסר בגין ניסיון הריגה. גם שם דובר בתיק שהתחיל כתיק רצח ותוקן במסגרת הסדר הטיעון לתיק הריגה.

ב"כ המאשימה התייחסה לתסקיר נפגעי העבירה שהוגש לבית המשפט, לטענתה התסקיר מביא בתמצית עד כמה שניתן את הלך הרוח ואת השבר הגדול שנגרם למשפחה כתוצאה ממות המנוח על ידי הנאשם. מדובר בנסיבות מאוד ייחודיות ויש כאן למעשה פגיעה בתא משפחתי מצומצם וקטן כמפורט בתסקיר. לטענת ב"כ המאשימה, התיק שונה גם מבחינת מודעותו של הנאשם לא רק למותו של המנוח אלא להשלכות של המעשים. הנאשם חי לצד משפחת המנוח והתוצאות ההרסניות של מעשיו היו ידועות לו. לא מדובר בקטטה במסגרתה נשלף סכין או נורה כדור כשמשפחת הנפגע ונסיבותיה פחות ידועות לפוגע. המאשימה הדגישה את האמור בתסקיר בדבר "ראש נזק" נפרד הקיים במקרה זה בשל הפגיעה והקטיעה של התא המשפחתי של שתי המשפחות שהיה כמעט אחד.

לשיטת המאשימה, נסיבות מיוחדות אלו מעידות על החשיבות של כך שבית המשפט יצא עם מסר בדבר החומרה של מעשה העבירה עצמו וגם של השלכותיו על המשפחה כולה המצויה באבל כבד.

התסקיר מלמד על הנזק הנפשי ועל הנזק הכלכלי.

ב"כ המאשימה הדגישה את העובדה כי אם המנוח השתתפה בחיפושים ולמעשה היא נאלצה לחזות בגופת בנה המנוח. מדובר בזיכרון טראומתי וחודרני אצל אם המנוח ואצל אחיו, זיכרון שילווה אותם לכל אורך חייהם.

באשר לעברו הפלילי של הנאשם נטען כי מדובר בבעל עבר פלילי מכביד, שמונה הרשעות במספר רב של תיקים. מדובר בעבירות רכוש, החזקת סכין, עבירות של זלזול בגורמי החוק- הפרת הוראה חוקית, גניבות רכב, שוד מזוין וכמובן, עבירת הריגה. מדובר במי שאימץ לו אורח חיים עברייני שאינו בוחל בשום עבירה. כן הדגישה כי הנאשם הוא אסיר השפוט ל- 38 חודשי מאסר. מדובר בנאשם שלא רק שהוא בעל עבר פלילי אלא כזה שמופעלים לו מאסרים מותנים ומעידים על אופיו.

לסיכום ביקשה המאשימה להטיל על הנאשם של 15 שנות מאסר בפועל בניכוי חודש ימים ממעצרו הראשון של הנאשם (14.11.13- 13.12.16). כן ביקשה כי העונש יוטל במצטבר לעונש אותו מרצה הנאשם ושהתקופה החופפת של מעצרו בתיק זה למאסרו, לא תילקח בחשבון.

ב"כ הנאשם חזר והדגיש כי מדובר בהסדר טיעון שהוא למעשה המשך ישיר של הליך גישור שנעשה על ידי הנשיא הפורש של בית המשפט המחוזי בבאר שבע וזאת לאחר שבתיק התגלו קשיים, בהיותו תיק נסיבתי. מבחינה אקדמית מדובר בתיק שמעניין כיצד היה מסתיים, אולם עסקינן בחיי אדם, הן של המשפחה והן של הנאשם ועל כן, סבור ב"כ הנאשם כי מדובר במתווה הנכון. למעשה המתווה, כפי שאמרה ב"כ המאשימה בהגינותה, הוא שהנאשם אמר למנוח, ללא תכנון מוקדם, כי הוא רוצה להיפגש איתו במקום, כדי לפגוע בו, ואז בנסיבות המתוארות בכתב האישום, הוא או אחר מוציא נשק והוא או אחר יורה במנוח. לאחר מכן, הוא או אחר מחזיר את הנשק.

ב"כ הנאשם התייחס ל'ספק' וטען כי מעבר לעובדה שהספק פועל לטובת הנאשם, הספק אומר שהנאשם לא ידע, לא יכול היה לצפות ולא תכנן אף אחד מאלו. הסנגור הטעים כי התוצאה היא איומה ונוראית אולם מידת הבנתו של הנאשם או ידיעתו מה הולך לקרות הייתה אפס. הנאשם חייב ליהנות מהספק.

הסנגור הוסיף וטען כי מדובר בתיק קשה מאוד, תיק עם אמוציות גבוהות של המשפחה. בסופו של דבר הנאשם הוא כאן לבד ואין לצדו אף אחד מבני משפחתו.

ביחס לפיצוי טען הסנגור כי לנאשם אין אפשרות לשלם. הייצוג הוא מטעם הסנגוריה הציבורית והדבר מדבר בעד עצמו. הסנגור מודע לפסיקה לפיה היעדר תקציב אינו מקים סיבה להקל על הנאשם.

הסנגור התייחס לפסיקה והפנה ל[ע"פ 2934/12](http://www.nevo.co.il/case/6244603) + [3773/12](http://www.nevo.co.il/case/5581635)  **שאול זגורי ואח' נ' מדינת ישראל** (להלן: "**עניין זגורי**") וטען כי בית המשפט העליון יוצר הבחנה בין היורה לזה שלא ירה באמצעות ניתוח מעמיק לעניין הספק שנוצר.

עוד ביקש הסנגור מבית המשפט לקחת בחשבון את נטילת האחריות על ידי הנאשם, ההודאה, החיסכון המסוים בזמן השיפוטי ולכך שמדובר בהסדר שהוצע על ידי הנשיא הפורש.

**דיון והכרעה**

העבירות בהן הורשע הנאשם ובעיקר עבירת ההריגה, הן מן החמורות בספר החוקים.

הערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה הוא הערך של קדושת חיי האדם, ערך מקודש בכל חברה אנושית.

**"לקדושת חיי האדם, מטבעה, שמור מקום בשורה הראשונה של ערכי כל חברה אנושית, וישראל בכלל זה; שאם אין חיים, חברה מנין. קיפוד חיי אדם מחייב מאסר לשנים ארוכות...."**

([ע"פ 7637/05](http://www.nevo.co.il/case/6002494) **שלמה יוסף נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו (5.7.2007)] להלן: **"עניין יוסף"**)

לעניין עבירת ההריגה נאמר:

**"עבירת ההריגה משתרעת על קשת מקרים, בין תאונות דרכים קשות בפזיזות ורשלנות גבוהות, תגרות רבות משתתפות שבהן מופעל נשק קר או חם, סכסוכים אינדיבידואליים אלימים ועוד. בנידון דידן עסקינן ברף הגבוה של העבירה. ואכן, העונש שהושת על המערער נמצא - בהתאם - במקום גבוה במנעד הענישה בגין עבירה זו, אם גם לא הגבוה ביותר; לא אחת הושתו בגינה גם עשרים שנות מאסר (**[**ע"פ 1456/01 חדד נ' מדינת ישראל פ"ד נו**](http://www.nevo.co.il/case/5770174)**(1) 409;** [**ע"פ 2090/06**](http://www.nevo.co.il/case/6204360) **פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם);** [**1448/05**](http://www.nevo.co.il/case/5769979)  **קלמנטייב נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). במקרה דנא הוטל עונש של שמונה עשרה שנה, אלא שנצבר לו כנאמר עונש של חמש שנים על עבירת ניסיון ההריגה. כאן המקום לציין, כי מן ההודעה לבית המשפט קמא על הסדר הטיעון לאחר הגישור ברי, שהרף העליון המוסכם היה 27 שנים (פרוטוקול מ-14.10.10 עמ' 194), ועל כן הענישה שהושתה מצויה בגדרי ההסדר. שוב, אי אפשר שלא להטעים כי לא בכדי הענישה הושתה כאשר הושתה; המעשה הוא בשפל המדרגה האנושי".** ([ע"פ 40/10](http://www.nevo.co.il/case/5673083) **קונסטנטין נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו (30.3.2011)] (להלן: **"עניין קונסטנטין"**)).

גם בענייננו, בשל נסיבות ביצוע העבירה, מצויה עבירת ההריגה ברף הגבוה של העבירה. הנאשם תכנן להביא את המנוח למקום מבודד באזור התעשייה של אשדוד, בסמוך למקום בו החזיק הנאשם באקדח גנוב.

במסגרת תוכנית הנאשם לפגוע במנוח שוחח הנאשם עם המנוח והשניים נפגשו סמוך לביתו של המנוח. לאחר מכן הגיע כל אחד מהם למקום המבודד האמור לעיל.

או אז, הנאשם או אחר הוציא את האקדח הנ"ל מהמקום בו הוסתר וסמוך לאחר מכן, מסיבה שאינה ידועה למאשימה, נורה המנוח באמצעות האקדח, מטווח קצר של פחות ממטר אחד, על ידי הנאשם או על ידי אדם אחר בנוכחות הנאשם, כשהנאשם אדיש לאפשרות שהמנוח ימות כתוצאה מהירי. שש יריות שנורו מהאקדח פגעו בפלג גופו העליון של המנוח וגרמו למותו.

אכן, לאור העובדות המוסכמות המתוארות בסעיף 9 לכתב האישום המתוקן וכפי שהסכימה גם באת כוח המאשימה בטיעוניה, אנו צריכים לצאת מנקודת הנחה שאדם אחר (אלמוני) ירה וכי אותו אלמוני שירה, הפתיע את הנאשם וירה, בנוכחות הנאשם את שש היריות לפלג גופו העליון של המנוח, כשהנאשם אדיש לאפשרות שהמנוח ימות. בהנחה שאחר ירה במנוח בנוכחות הנאשם, היה זה באקדחו של הנאשם ולאחר שהנאשם תכנן להביא את המנוח למקום המבודד, כדי לפגוע בו.

ואולם, זהותו של האחר ומלוא פרטי האירוע אינם ידועים, זאת בשונה מעניין זגורי שאליו הפנתה ההגנה. שם, היורה- שמואל זגורי, הורשע בהריגה ונידון לשתיים עשרה שנות מאסר בפועל, מאסר על תנאי ופיצוי למשפחת המנוח. המערער האחר- שאול זגורי שלא ירה, הורשע אך בעבירה של סיוע להריגה, שעונשה, כידוע, מחצית העונש שנקבע בחיקוק בשל ביצועה העיקרי ([סעיף 32](http://www.nevo.co.il/law/70301/32) לחוק), ועונשו הועמד על ארבע וחצי שנות מאסר בפועל.

בענייננו, כתב האישום אינו מבחין בין חלקו של האחר לבין חלקו של הנאשם. ודוק, בכתב האישום נאמר כי הנאשם או האחר ירה במנוח וכפי שהסכים גם הסנגור בטיעוניו יש לראות בנאשם שותף לעבירת ההריגה מכוח דיני השותפות, היינו שיש לראות את הנאשם כמבצע בצוותא בעבירת ההריגה שלגביו אין נפקא מינא אם המעשה נעשה ביחד או בידי אחד מהם. ([סעיף 29](http://www.nevo.co.il/law/70301/29) לחוק).

כפי שנטען לגבי הסיבות להסדר הטיעון, ראיות התביעה היו מושתתות מלכתחילה על ראיות נסיבתיות ואשמת הנאשם המקורית הייתה קשה להוכחה.

כאמור, גם לאחר תיקון כתב האישום לא הובהרו פרטי האירוע הקשה והעצוב כל צרכם.

בעניין זה נאמר:

**"....ועובדה כי הורשעו מכוח דיני השותפות וחוסר האפשרות לקבוע בוודאות חלקו של כל אחד מהם באירוע, נסיבה שההתייחסות הענישתית אליה אינה פשוטה. העונש שנגזר על המשיבים הולם את הנסיבות ואינו נוטה לחומרה, ואף אל מול הדוגמאות שהובאו בטענה של ענישה מקלה נמצאו מקרים לא מעטים של ענישה מחמירה יותר בת חמש עשרה וארבע עשרה שנות מאסר (**[**ע"פ 7556/03**](http://www.nevo.co.il/case/5736343) **שוורץ נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (השופט - כתארו אז - מ' חשין);** [**ע"פ 8227/05**](http://www.nevo.co.il/case/5846887) **גרשנקוף נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (השופטת ארבל);** [**ע"פ 3251/05**](http://www.nevo.co.il/case/5885079) **אושרי מלול נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (השופט גרוניס)), אמנם במקרים של פגיעה באברי גוף "מועדים" יותר. באשר לטענת המערערים כי היה מקום ליצור מדרג ענישתי ביחס לחלקו של כל אחד באירוע בהתחשב בכך שלא נמצא מי ביצע את הדקירה הקטלנית, הרי שאין להם להלין אלא על עצמם. בשתיקתם לא אפשרו להפיג את הערפל באשר לחלקו של כל אחד באירוע, ואין אפוא מקום לטענה הקשורה באינדיבידואליות הענישה..."** (ראה: "עניין יוסף").

גם בענייננו, בחר הנאשם שלא לומר את דברו האחרון לאחר טיעוני סנגורו ולא הפיג את הערפל הקיים. אין לו אפוא אלא להלין על עצמו.

שוני נוסף בין עניין זגורי אליו הפנתה ההגנה והוא לטעמה פסק הדין המנחה בעניין, לענייננו, הוא בעניינים נוספים וחשובים.

האחד נוגע לרקע לביצוע העבירות בעניין זגורי והוא קרע בין המערערים והמנוח שנוצר על רקע של מאבקי שליטה בשוק הסמים במקום מגוריהם. הקרע הסלים לכלל סכסוך מר שכלל ניסיונות פגיעה הדדיים. אנשים מטעמו של המנוח, דקרו את שמואל זגורי בלחיו, קודם לקשירת הקשר שקשרו המערערים בעניין זגורי לפגוע במנוח וקודם להריגתו על ידי שמואל זגורי.

שוני נוסף הוא בעניין הפיצוי. בעניין זגורי הוסכם במסגרת הסדר הטיעון, כי המערערים ישלמו לאלמנת המנוח סך של 150 אלף ₪ עובר לטיעונים לעונש.

בענייננו, להבדיל מהנאשם שהוא בעל עבר פלילי מכביד, היה המנוח אדם נורמטיבי ללא עבר פלילי כלשהו. המניע לביצוע העבירה לא הוברר, אך בוודאי שלא הייתה למנוח כל תרומה לביצוע העבירות.

הנאשם בענייננו גם לא הפקיד עובר לטיעונים לעונש כל פיצוי לטובת משפחת המנוח.

אשר לנזק שנגרם מביצוע העבירות הרי שכאשר מדובר בקיפוח חיי אדם, הנזק הוא רב ועצום.

חייו של צעיר קופחו ובני המשפחה, אמו, אחיותיו ואחיו נותרו ללא מזור.

כעולה מהתסקיר, מותו של המנוח העמיד את בני המשפחה בפני התמודדות עם טראומה שחוו סביב האובדן של אדם יקר ואהוב בנסיבות כה טראגיות ואלימות.

גם בחלוף כשלוש שנים מאז הריגתו של המנוח מתקשים הנפגעים- אמו של המנוח ואחיו להשתקם ולהאמין כי אי פעם יוכלו לחזור לרמות תפקוד מספקות בכל התחומים.

האובדן של המנוח הותיר אצל בני משפחתו כאב עמוק וגעגועים שאינם מרפים ומתעצמים.

להערכת עורכת התסקיר הנפגעים זקוקים לסיוע גורמי מקצוע לתמיכה ועזרה בהתמודדות עם טראומת אובדן הבן/ האח.

הנאשם, שהוא בן דודו של המנוח (אמותיהם אחיות) וגדל כאח לו, היה מודע לנזק העצום שהיה צפוי להיגרם ממותו של המנוח בדמות הצער והכאב שייגרמו לאמו ולאחיו, נזק שאכן נגרם לדאבון הלב, כפי שעולה מהתסקיר ומדברי אמו של המנוח בפנינו.

לכל האמור יש להוסיף כי עברו הפלילי של הנאשם הוא כאמור מכביד ביותר. לנאשם עבר בעבירות רכוש, ובעבירות אלימות קשות (שוד מזוין) והוא מרצה עתה עונשי מאסר בפועל לתקופה מצטברת של 38 חודשים החל מיום 18.6.14.

בצד כל האמור, יש לשקול את נטילת האחריות של הנאשם על מעשיו.

בהודאת הנאשם ובלקיחת האחריות על ידיו, יש משום הקלה לבני משפחת המנוח, הן בשל וודאות ההרשעה והן בשל כך שסיום ההליך המשפטי יאפשר לבני המשפחה להיות פנויים לשיקום מצבם הרגשי והתפקודי כעולה מהתסקיר.

אשר לבקשת הסנגור להביא בחשבון את תקופת מעצרו של הנאשם בתיק זה שהייתה בחלקה הגדול בתקופת מאסרו, לא מצאתי שיש לכך מקום אף אם המעצר בתיק זה פגע בטובת הנאה כלשהי, כגון חופשה שהייתה יכולה להינתן לנאשם אלמלא המעצר. ספק גדול אם הנאשם היה זכאי לטובת הנאה בתקופת מאסרו נוכח עברו הפלילי המכביד, הרשעתו בעבירה של שוד מזוין והרשעותיו הרבות בעבירות של הפרות הוראה חוקית.

מכל מקום, אם נעתר לבקשה, יהיה מדובר למעשה בענישה חופפת שעלולה לשדר מסר שגוי ולחטוא הן למטרת הגמול והן למטרת ההרתעה. (ראה לעניין זה בעניין קונסטנטין).

לכן אציע לחבריי הנכבדים להטיל על הנאשם את העונשים הבאים:

1. 14 שנות מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו (שאינם חופפים למאסרו), מיום 14.11.13- 13.12.13. עונש המאסר ירוצה במצטבר לעונש המאסר שהנאשם מרצה כעת.
2. שתי שנות מאסר על תנאי למשך שלוש שנים שלא יעבור עבירה מסוג פשע.
3. הנאשם יפצה את משפחת המנוח בסכום של 258,000 ₪.

מתוך סכום זה 150,000 ₪ יהיו לזכות אמו של המנוח והיתרה תחולק בחלקים שווים בין אחי המנוח.

הפרטים לשם העברת הפיצויים ימסרו למזכירות על ידי המאשימה.

**הערות לחוות דעת השופט אינפלד**

לאחר שעיינתי בחוות דעתו של חברי השופט א. אינפלד, ברצוני להעיר מספר הערות.

חברי השופט אינפלד, יוצא מתוך הנחה, כי היסוד הנפשי של הנאשם היה יסוד נפשי של רשלנות בלבד, כאשר הרחבת האחריות לעבירת ההריגה, נובעת [מסעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) לחוק ועל כן קבע כי מי שמתקיים בו יסוד נפשי של רשלנות למעשה אלימות, מידת אשמו פחותה בהרבה ממי שהתקיים בו יסוד נפשי של מודעות לטיב מעשה חמור וכי מידת האשם הפחותה העומדת ביסוד האחריות חייבת לקבל ביטוי בהערכת מתחם העונש הראוי (סעיף 20 לחוות דעתו).

ואולם, ראשית, בסעיף 9 בכתב האישום המתוקן בו הורשע הנאשם, נאמר במפורש כי היסוד הנפשי של הנאשם למעשה ההריגה היה יסוד נפשי של אדישות:

"הנאשם או אחר, הוציא את האקדח מהמסתור, בסמוך לאחר מכן, מסיבה שאינה ידועה למאשימה, נורה המנוח באמצעות האקדח, מטווח קצר של פחות ממטר אחד, על ידי הנאשם, או על ידי אדם אחר בנוכחות הנאשם, **כשהנאשם אדיש לאפשרות שהמנוח ימות כתוצאה מהירי**. שש יריות פגעו בגופו של המנוח, בפלג גופו העליון: קליע אחד ....."

שנית, כאמור בעובדות כתב האישום המתוקן, הנאשם הביא את המנוח למקום בו הסתיר הנאשם אקדח ותחמושת, על מנת לפגוע במנוח. בעגה העבריינית, עשה הנאשם למנוח "כיפה אדומה".

לאחר מכן, האחר (שאת קיומו יש להניח) הוציא בנוכחות הנאשם, את האקדח וירה במנוח, בנוכחות הנאשם, שש יריות בפלג גופו העליון של המנוח .

הנאשם תכנן להביא את המנוח למקום מבודד, בסמוך לזולה, בה הוסתרו על ידי הנאשם, האקדח והתחמושת, על מנת לפגוע במנוח שם. בשלב זה, יש להניח, לטובת הנאשם, כי לנאשם לא הייתה מודעות בפועל, לאפשרות גרימת המוות.

אך הנאשם, היה נוכח בעת הוצאת האקדח על ידי האחר (את העובדה שלא הנאשם הוציא את האקדח, יש להניח לטובת הנאשם אף כי בכתב האישום נאמר: "הנאשם או אחר" גם לעניין הוצאת האקדח וגם לעניין הירי), ולכן היה הנאשם כבר מודע בפועל, בשלב הוצאת האקדח ולא רק בשלב הירי, לאפשרות שייעשה שימוש על ידי האחר באקדח כדי לפגוע במנוח ולאפשרות שהמנוח ימות כתוצאה מהירי.

(בפרוטוקול הטיעונים לעונש בעמוד 734 לפרוטוקול הסכים הסנגור כי הנאשם נכח וראה את הוצאת האקדח ממקום המסתור והדברים גם עולים מסעיף 9 לעובדות כתב האישום המתוקן).

אשר על כן ומאחר שמידת אשמו של הנאשם נקבעה על ידי חברי השופט אינפלד, בהתאם ליסוד נפשי של רשלנות בלבד, ומשהנחת יסוד זו נראית לי מוטעית, שכן היסוד הנפשי העולה מעובדות כתב האישום המתוקן, הוא של מודעות בפועל לאפשרות שהמנוח ימות ועל כן, גם על פי אחריות הנאשם הנובעת [מסעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) לחוק, יש לקבוע את מתחם הענישה בהתאם ליסוד נפשי גבוה יותר מרשלנות, היינו של מודעות בפועל לאפשרות גרימת המוות.

|  |
| --- |
|  |
| **חני סלוטקי, שופטת** |

**השופט א. אינפלד**

1. **לאחר עיון בחוות דעתה של חברתי כב' השופטת סלוטקי, אני נאלץ לחלוק על חלק מנימוקיה ועל מסקנתה.**

**חומרת העבירה**

1. הנאשם והמנוח נולדו לשתי אחיות, ונקראו שניהם על שם דודם המשותף מיכאל ז"ל, אחי האימהות, אשר נרצח בהיותו חייל. אז, לאחר אותה טראומה בשנות ה-90, חיפשו האחיות זו את קרבתה של זו, ואמו של המנוח עברה מהצפון להתגורר באשדוד, ליד אחותה, אמו של הנאשם. בין שתי האחיות, ובין משפחותיהם, התפתחה קרבה רבה ומשמעותית. האחיות תמכו זו בזו, טיפלו זו בזו, וטיפלו זו בילדיה של זו. כך השתקמה המשפחה מהטראומה ההיא, והמשפחה גדלה והתפתחה. כתב האישום מספר כי בני הדודים, מיכאל ומיכאל, גדלו והיו לחברים ואף שיתפו פעולה בעניין עסקי מסוים. כך, התנהלה המשפחה בשלום. זאת, עד אשר נעקרה שוב משלוותה, כאשר מיכאל הצעיר נעדר. לאחר חיפושים של מספר שעות, בהם השתתף הנאשם, נתגלתה גופתו הירויה של המנוח, לעיני חבריו, אחיו ואמו. התברר כי המנוח מצא את מותו, באלימות מבהילה, בשוליים החשוכים של עיר מולדתו. כחלוף מספר שבועות, נוסף לטראומה החדשה זעזוע עמוק, נפל חשד על שאר בשרו של המנוח, הנאשם. החשד הפך לאישום, ועתה נודע, כי הנה אמת נכון הדבר, נעשתה התועבה הזאת בישראל. מיכאל הרג את מיכאל, לדאבון לב המשפחה כולה ובמיוחד האם, אשר לבה חלל בקרבה.
2. חברתי השופטת סלוטקי פרטה את עיקר הנסיבות האנושיות הקשות העולות מתוך "תסקיר נפגעי עבירת המתה". הנאשם נמצא אשם על פי הודאתו. אשמה, שיש עמה בגידה במשפחתו, הריגת בן דודו אשר כאח לו, וריסוק השלמות המשפחתית, אשר הנאשם היה חלק מעצמה ובשרה. זאת, תוך שלילת כל עתידו של גבר צעיר, וגרימת נזקים רגשיים קשים לכל בני המשפחה. אני מסכים עם חברתי השופטת סלוטקי כי, מבחינה מוסרית, עוונו כבד מנשוא. עקרון ההלימה, העיקרון המנחה בענישה, מחייב להשית עונש חמור, אשר יבטא את חומרת מעשה העבירה.

**מידת אשמו של הנאשם**

1. המחוקק מלמדנו [בסעיף 40ב](http://www.nevo.co.il/law/70301/40b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), כי עקרון ההלימה אינו מושפע רק מ"מעשה העבירה בנסיבותיו" אלא גם מ"מידת אשמו של הנאשם". לטעמי, נוכח ניסוחו של כתב האישום כפי שתוקן, מידת אשמו של הנאשם אינה במדרג הגבוה ביותר של מעשי ההריגה, אלא בדרגה או שתיים פחות מכך. מתחם הענישה חייב לשקף את דרגת האשמה הנכונה. זאת, למרות שמעשה ההריגה עצמו, היינו ריבוי היריות בחזהו של המנוח, משיק לעבירת הרצח.
2. לטעמי, למרות שהטיעון לעונש הובא במסגרת הסדר טיעון, בו המדינה מבקשת 15 שנות מאסר והסנגור טוען "חופשי", אין מנוס מקביעת מתחם העונש ההולם את מעשהו הרע של הנאשם. אמנם, קיים גיוון דעות משמעותי בפסיקה, הן לעניין אופן קיומה של חובה זו, והן לעניין עצם קיומה של חובה לקבוע מתחם כאשר יש הסדר טיעון לעניין העונש (בהקשר זה ראו לדוגמא את [ע"פ 512/13](http://www.nevo.co.il/case/5569233) **פלוני נ' מדינת ישראל** (מיום 4.12.13) וכן את [ע"פ 7777/12](http://www.nevo.co.il/case/5603643) **בלקאר נ' מדינת ישראל** (מיום 25.3.14), כמו גם את דעתו של השופט מזוז ב[ע"פ 4301/15](http://www.nevo.co.il/case/20371840) **פינטו נ' מדינת ישראל** (מיום 5.1.16) לעומת חבריו אשר השאירו ב"צריך עיון" וכך ב[ע"פ 6799/14](http://www.nevo.co.il/case/18090623) **אופיר נ' מדינת ישראל** (מיום 16.3.15), וראו גם היישום המפתיע ב[ע"פ 2524/15](http://www.nevo.co.il/case/20181627) **שפרנוביץ נ' מדינת ישראל** (מיום 8.9.16)**).** יחד עם זאת, דומני כי דברי הפוטרים נאמרו בעיקר כאשר העונש המוסכם או המרבי, היה, מטבע הדברים, קל מאשר העונש הראוי ללא הסדר. אולם, במקרים בהם אין מדובר בעונש מוסכם או הסדר בדבר "טווח" מוסכם, אלא המדינה עותרת לעונש יחיד שהוא בעיניה העונש ההולם, אך הסנגור (הרשאי לטעון "חופשי"), סבור כי עתירת המדינה חורגת לגמרי ממתחם העונש ההולם, אין מנוס מלבחון את טענתו. בחינה, על ידי קביעת המתחם.
3. הסנגור בטיעוניו הדגיש שתי נקודות חשובות לעניין מידת אשמו של הנאשם. האחת, כי מכיוון שלא ידוע אם היורה היה הנאשם או אחר, יש להניח לטובת הנאשם כי לא הוא ירה במו ידיו, אלא אחר. כפי שציינה חברתי השופטת סלוטקי, גם המדינה בטיעוניה הסכימה שיש להניח זאת לטובת הנאשם.
4. הנקודה החשובה השנייה, אותה הדגיש הסנגור בטיעוניו לעניין חומרת המעשה, נגעה ליסוד הנפשי של העבירה. הסנגור הצביע על כך שבשום מקום בעובדות כתב האישום המתוקן, לא מיוחסת לנאשם מודעות *בפועל*, לאפשרות כי הבאת המנוח ל"זולה" לשם פגיעה בו, עלולה להביא למותו. נוכח הדגשה זו, הקשיתי על הסנגור בדיון כי אם לא הייתה מודעות בפועל לאפשרות גרימת המוות, ולא הוא גרם למוות בפועל, מניין אחריותו הפלילית לגרימת המוות? לאחר דיון, אשר למרבה הצער לא נרשם היטב בתמליל הדיון המוקלט (החל מעמוד 732 שורה 28 ועד עמ' 735 שורה 22, כאשר עיקרי הדברים לא באו לידי ביטוי בתמלול נוכח המשפט "לא ברור – כולם מדברים יחד" בעמ' 735 שורה 20).
5. אולם, הדברים הובהרו בהמשך הדיון. בעמ' 744 אישרה התובעת כי למעשה אחריותו של הנאשם אינה אחריות של "מבצע בצוותא" במובן הפשוט והרגיל, לפי [סעיף 29(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/29.b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). שכן, לא הייתה לנאשם מודעות לאפשרות גרימת המוות, עד אשר אותו אחר (שאת קיומו יש להניח) נטל האקדח וביצע את המעשה. **התובעת אישרה כי אחריותו של הנאשם נובעת למעשה** [**מסעיף 34א**](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) **ל**[**חוק העונשין**](http://www.nevo.co.il/law/70301). זאת, כאשר היורה ביצע למעשה עבירת רצח, או מעשה הריגה הדומה לרצח. הנאשם אחראי למעשה, משום שהוא אשר הביא את המנוח למקום על מנת לפגוע בו, ידע כי יש במקום אקדח, ומבחינה נורמטיבית צריך היה לצפות אפשרות של גרימת המוות, על ידי האחר. לפיכך, מתקיים בו לשון הסעיף "עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר בנסיבות העניין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה... יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים; ואולם, נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, יישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד".
6. הניסיון להעריך את מידת האחריות הנגזרת מעבירה שונה או נוספת, שלא נצפתה בפועל, מבלבלת את האינטואיציה. מן הצד האחד, מדובר בשותף לעבירה המקורית, אשר במהלך ביצועה נעברה עבירה נוספת על ידי אחר, אשר לה הולם עונש נוסף ומחמיר. מן הצד השני, המדובר במי שלא עבר העבירה הנוספת במו ידיו, ואחריותו למעשה הנוסף, שאחר החליט עליו, נובעת מיסוד נפשי קל יחסית, יסוד נפשי של רשלנות.
7. הצד הראשון נתפס בעבר כעיקר במשפט בישראל. זאת, כאשר אחריות בעלי "מטרה משותפת" כללה אחריות כללית על כל מה שקושר אחר ביצע, אף אם היסוד הנפשי, של מי שלא ביצע בפועל, היה של רשלנות בלבד. כך, [סעיף 28](http://www.nevo.co.il/law/70301/28) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) תשל"ז – 1977, לפני תיקון 39, קבע אחריות מלאה עבור "שניים או יותר שחברו יחדיו להשיג מטרה בלתי חוקית, ובמהלך השגתה של המטרה נעברה עבירה שהיא לפי טבעה תוצאה מסתברת של אותו מהלך".
8. עם זאת, מעניין לציין כי המשפט האנגלי, היסטורית, ראה את אחריות בעל המטרה המשותפת, שלא התכוון לתוצאה הנוספת, לא צפה אותה בפועל ולא ביצע, כקשורה באופן הדוק ליסוד הנפשי שלו עצמו (ראו סקירת הפסיקה המופיעה בפסק דינו של בית המשפט העליון האנגלי בהלכה החדשה בעניין **R v. Jogee** [2016] UKSC 8). עמדה היסטורית זו לכאורה השתנתה לקצה האחר בפסק דינה של מועצת המלך, בערעור פלילי מהונג קונג, בעניין **Chan Wing-Siu** [1985] AC 168. שם נקבע, כי אחריותו של מבצע בצוותא לעבירה נוספת של שותפו, אף הייתה צפויה רק בכוח אך לא בפועל, תחשב כאילו היה לו היסוד הנפשי המלא של המבצע בפועל. אולם בעניין **Jogee** הנ"ל, שניתן לפני מספר חודשים, הבהיר בית המשפט העליון האנגלי, כי ההלכה שיצאה מלפניהם בעניין **Chan Wing-Siu** בטעות יסודה. נקבע כי היסוד הנפשי של מבצע בצוותא בעבירה מקורית, שלא ביצע פיזית את העבירה הנוספת, שהייתה צפויה בכוח אך לא בפועל, היא בהתאם ליסוד הנפשי שלו ביחס לעבירה הנוספת, ולא של המבצע הפיזי.
9. המחוקק שלנו בתיקון 39, במסגרת [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), נקט בגישת ביניים לעניין זה. מצד אחד, נקבע כי אחריותו של מבצע בצוותא לעבירה נוספת, שאת ביצועה צפה בכוח אך לא בפועל, שווה בדרך כלל לאחריות המבצע העיקרי. מצד שני, נקבע כי אחריות זו היא בכל זאת מוגבלת: אין היא כוללת אחריות מלאה לעבירות הדורשות יסוד נפשי של כוונה מיוחדת, אלא אחריות פחותה; מותר להטיל ענש קל מאשר "עונש חובה"; ויתרה מכך, אחריות נגזרת של משדל או מסייע לעבירה המקורית, פחותה עוד יותר, ונגזרת מהיסוד הנפשי הממשי, היינו "כעבירה של רשלנות" כלשון [סעיף 34א(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a.a.2) לחוק.
10. מציאות זו, בה התקיים יסוד נפשי של רשלנות לתוצאה העבריינית הנוספת, אך ההרשעה היא כאילו התקיים יסוד נפשי של פזיזות, אינה נקייה מספקות במישור החוקתי. כידוע, הטענה לאי חוקתיות של נורמה זו, נוכח [חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law/70320), נדחתה על ידי בית המשפט העליון, ב[ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל פ"ד נו](http://www.nevo.co.il/case/5957024)(5) 529 (2002). יחד עם זאת, קמו עוררים על מסקנה זו, בשים לב לכך, שבמקרה שכזה, הרחבת האחריות המשפטית היא הרחבה כפולה. הרחבה בהטלת האחריות על מי שלא ביצע במו ידיו, והרחבה בהטלת האחריות על מי שלא החזיק סובייקטיבית ביסוד הנפשי הנדרש לעבירה (ראו לדוגמא מרים גור אריה "השפעת 'המהפכה החוקתית' על המשפט הפלילי המהותי בעקבות פסק הדין בפרשת סילגדו", **ספר ברק: עיונים בהגותו השיפוטית של אהרן ברק** (התשס"ט), בעמ' 325).
11. יש לומר כי בית המשפט העליון בעניין **סילגדו**, היה מודע היטב כי "הטלת אחריות פלילית על אדם בהעדר מחשבה פלילית ... אך תוך קיום יסוד נפשי של רשלנות או מודעות בכוח .... פוגעת בכבוד האדם" (כלשונו של הנשיא ברק). עם זאת נקבע כי הוראה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה אשר ב[חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law/70320), באשר יש תכלית ראויה, והתכלית היא הרתעה. שכן, עבירות המתבצעות בצוותא יוצרות סיכון מיוחד ומוגבר לחברה. הסיכון נובע מיכולת גבוהה יותר של חבורה לעשות רע, על פני היכולת של עבריין הבודד. הסיכון נובע גם מכך שכל פרט בחבורה מאבד את השליטה על מהלך ביצוע העבירה. לפיכך "מטרתה של הוראת סעיף [34 א(א)( 1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a.a.1) היא **לעודד עבריינים - הפועלים בצוותא לביצוע עבירה "מקורית" – למנוע מאחד מהם אגב ביצוע העבירה המקורית, את ביצועה של עבירה שונה או נוספת**, שאדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה. אכן, הבוחר להשתתף כמבצע בצוותא בביצוע של עבירה מקורית (כגון שוד) חייב לקחת בחשבון את העובדה שהדברים עלולים להסתבך, והוא עלול למצוא עצמו מעורב גם בעבירה נוספת (כגון רצח) שאינה בשליטתו", כלשונו של הנשיא ברק (ההדגשה נוספה – א"א).
12. נקבע גם בפרשת **סילגדו** כי הרחבת האחריות היא "מידתית", באשר אינה מוטלת על כל מי שמתרשל, אלא רק על מי שלכתחילה יצא לדרכו לבצע עבירה בצוותא עם אחרים; באשר לא ניתן לייחס לשותף עבירות כוונה אלא רק עבירות עם יסוד נפשי של אדישות; באשר הטלת אחריות ברמת ענישה של "רשלנות" בלבד, אין בה כדי להשיג את תכלית ההרתעה ועידוד מניעת העבירה הנוספת על ידי שותפים; ובהתחשב בכך שרשאי בית המשפט להטיל פחות מאשר "עונש חובה", במקרים בהם הוא קיים. צוין עוד בעניין זה כי "בשני המצבים הללו - גם במקרה של ביצוע העבירה הנוספת בכוונה וגם במקרה של ביצועה שלא בכוונה - העונש שיוטל על המבצעים בצוותא (של העבירה המקורית) - **יהא לרוב קל יותר מהעונש שיוטל על המבצע את העבירה הנוספת או השונה**" (שם, בפסקה 17 בחוות דעתו של הנשיא ברק, ההדגשה נוספה – א"א).
13. פרופ' גור אריה, במאמרה הנ"ל, מבקרת את התוצאה האמורה; מדגישה כי ההתמודדות עם הסיכון המיוחד בעבריינות בחבורה באה לידי ביטוי בסעיפים המחמירים ענישה לעבירות אלימות המתבצעות בצוותא; טוענת כי החריגה מכללי היסוד של המשפט הפלילי בייחוס יסוד נפשי שלא היה קיים, אינה מידתית ואינה יכולה להיות מוצדקת בשל שיקולים תועלתניים; מציעה כי דווקא ענישה כעבירת רשלנות הולמת את היסוד הנפשי שנוצר בשל יצירת סיכון, כאשר התוצאה לא הייתה צפויה בפועל; ומזכירה שעצם הטלת האחריות ביסוד נפשי של רשלנות, ללא צפייה בפועל, היא חריגה בעצמה, כך שלא ראוי להרחיב חריג זה עד כדי כך.
14. מסתבר כי למרות קביעת הנשיא ברק כי עונשו של מי שלא ביצע במו ידיו את העבירה הנוספת יהיה קל יותר, בית המשפט העליון החמיר מאוד גם בעונשים של מי שהורשעו על פי [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). כך, בעניין **סילגדו** עצמו (שוד מזוין שהסתיים ביריות, חבלה חמורה של נפגע אחד, ומותו של נפגע שני), היורה הורשע ברצח על ידי גרימת מוות תוך ביצוע עבירה (לפי [סעיף 300(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300.a.3) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)), ונדון, בין השאר, למאסר עולם. אחריות השותפים (שהורשעו במסגרת [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) לחוק) "דניאל" ו"עומר" נקבע גם כן בעבירת רצח תוך ביצוע עבירה (לפי [סעיף 300(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300.a.3), שהרי זוהי עבירת פזיזות ולא עבירת כוונה, ולפיכך לא חלה עליה המגבלה [בסעיף 34א(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a.a.1) סיפא). העונש בן 20 שנות מאסר שהטיל עליהם בית המשפט המחוזי, אושר בבית המשפט העליון. עונש דומה, בנסיבות דומות למדי, אושר גם ב[ע"פ 5918/99](http://www.nevo.co.il/case/6039300) **זבידאת נ' מדינת ישראל** (מיום 15.1.04).
15. לטעמי, יש להבחין היטב בין המקרה דנן לבין אותם שני מקרים. שם, ההרשעה הייתה בעבירת הרצח תוך ביצוע עבירה (לפי [סעיף 300(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300.a.3) לחוק), אשר עונשה המרבי (אך לא חובה לגביהם) הוא מאסר עולם, ונגזר הרבה פחות מכך, 20 שנות מאסר. לעומת זאת, אצלנו הורשע הנאשם בעבירת ההריגה, בה העונש המרבי עצמו עומד על 20 שנות מאסר. ועוד, שם דובר במי שיצאו לבצע עבירת שוד, כאשר היה ידוע לנאשמים כי יש שותף המחזיק אקדח, אשר יש כוונה לעשות בו שימוש לצורך איום במסגרת עבירת השוד; אצלנו מדובר במי שאמנם החזיק אקדח ב"זולה", והביא את חברו לשם על מנת שייפגע, אך לא נקבע בכתב האישום כי ידע מראש שייעשה שימוש באקדח.
16. אולם, מעבר להבחנות האמורות, חשוב להדגיש כי באותם שני מקרים דובר מלכתחילה על תוכנית לבצע עבירה של שוד מזוין ובחבורה, אשר עונשה המרבי 20 שנות מאסר. כך, העונש שנגזר אמנם מושפע בהחלט מהעבירה "הנוספת" של הרצח, אך עדיין לא חורגת מהעונש המרבי הקבוע בצד העבירה המקורית, שתוכננה לכתחילה. וכך, ההשפעה של [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) לחוק, לא הביאה בפועל לענישה החורגת מרמת הענישה אשר בית המשפט היה מוסמך בכל מקרה להשית עליהם, בגין העבירה המקורית! אצלנו המצב שונה. עבירת הנשק לפי [סעיף 144(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/144.a) לחוק, נושאת עונש מרבי של 7 שנות מאסר. התוכנית הייתה להביא את המנוח על מנת "לפגוע" בו, מבלי שתוכננה עבירת אלימות מוגדרת, אך יש להניח שאין מדובר בעבירה שעונשה 20 שנות מאסר. ממילא, העבירה המקורית של הנאשם ויסוד הנפשי המקורי לא היו יכולים להביא לעונש כה חמור. משמע, בניגוד למקרים שנדונו בפסיקה, ההרשעה בעבירת ההריגה במקרה דנן, במסגרת [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), היא המאפשרת להטיל עונש דו ספרתי. נוכח המשמעות הדרמטית של השימוש [בסעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) במקרה זה, סעיף המבטא נורמה חריגה באופייה ומאתגרת מבחינה עיונית וחוקתית, יש לנקוט במתינות.
17. משמע, ההרשעה בהריגה באמצעות [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a), למרות היסוד הנפשי של רשלנות בלבד ביחס לגרימת המוות, היא בלבד מעמידה את העונש המרבי על 20 שנות מאסר. זאת, למרות שלא יכול להיות ספק כי "מידת אשמו", של מי שהתקיים בו יסוד נפשי של רשלנות למעשה האלימות, פחותה בהרבה ממי שהתקיים בו יסוד נפשי של מודעות לטיב מעשה חמור, כגון שוד מזוין. **אלמלא הרחבת האחריות החריגה, אשר נובעת** [**מסעיף 34א**](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) **לחוק, היה העונש המרבי שניתן היה להשית על הנאשם פחותה בהרבה**. **תופעה חריגה זו של הרחבת האחריות, ומידת האשם הפחותה העומדת ביסוד האחריות, חייבות לקבל ביטוי בהערכת מתחם העונש הראוי**.
18. שיקול נוסף, המצטרף לשיקולים האמורים, נוגע לגופה של ההנמקה בעניין **סילגדו**. כאמור, ההצדקה החוקתית להרשעה בעבירת אדישות, של מי שביצע עבירה ביסוד נפשי של רשלנות, קושרה על ידי בית המשפט העליון לשיקולי הרתעת הרבים, בין להרתיע כניסה לכל עבירה בצוותא ואבדן שליטה של עבריין על המעשה, ובין על מנת לעודד מניעת עבירה נוספת על ידי השותפים שלא העלו על הדעת שתתבצע. אולם, **מאז התקופה בה ניתן פסק הדין בעניין סילגדו, ירד קרנו של שיקול ההרתעה בענישה**. הדבר מתבטא בעיקר בתיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), אשר העלה על נס את שיקול ה"הלימה" כשיקול מרכזי, ואילו השיקול של הרתעת הרבים, קיבל תפקיד משני בהחלט, במסגרת [סעיף 40ז](http://www.nevo.co.il/law/70301/40g) לחוק. היום, ההתחשבות בשיקול זה מותנית בשתי קביעות עובדתיות (קיום צורך בהרתעה וקיומו של סיכוי של ממש כי החמרה במקרה הקונקרטי תביא להרתעה), ובכל מקרה אין השיקול של הרתעת הרבים יכול להשפיע על *מתחם* הענישה.
19. אמנם, יש לשער כי למרות השינוי בדיני הענישה, הקביעה בדבר חוקתיות של [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) תישאר על כנה, שהרי היא מיוסדת על אדנים איתנים של הדוקטרינה בדבר ה"התנהגות חופשית במקור" בדמות "כניסה למצב בהתנהגות פסולה". דוקטרינה מוצדקת בוודאי, הבאה לידי ביטוי גם במקומות נוספים בדיני העונשין, כגון [בסעיפים 34יד](http://www.nevo.co.il/law/70301/34jd), [34ט(ב),](http://www.nevo.co.il/law/70301/34i.b) או [34י](http://www.nevo.co.il/law/70301/34j) סיפא ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). ודוק, במקרים של הרשעה לפי [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) לחוק, ההנחה היא לא זו בלבד שהכניסה למצב הייתה בהתנהגות פסולה, היא הייתה עבירה של ממש. **מכל מקום, למרות הבסיס החוקתי המוצק, לטעמי, עדיין חובה ליתן משקל לעניין העונש, לכך שמדובר בחריג, ולכך שהיסוד הנפשי לעבירה הנוספת עצמה, פחות בעוצמתו**.

**קביעת המתחם**

1. עתה יש לקבוע המתחם תוך שקלול חומרת העבירה, מידת האשם ונסיבות המעשה.
2. כאמור, נסיבות המעשה חמורות ביותר. מעבר לכל השיקולים שאוזכרו לעיל, בדבר קיפוד פתיל חייו של גבר צעיר, הטראומה החמורה שנגרמה למשפחה והבגידה של הנאשם במשפחתו שלו, המעשה עצמו כולל כמה היבטים מחמירים חשובים.
3. ראשית, במישור של עבירת הנשק, אין מדובר בעבירה קלה כלל וכלל. הנאשם החזיק אקדח, תחמושת, ציוד לטיפול באקדח ואף רימון הלם (סינוור). הפסיקה עמדה לא פעם על החומרה הרבה שבהחזקת נשק לא מורשה, נוכח הסיכון הרב לביצוע עבירות באמצעות הנשק, בין באיום בנשק ובין בשימוש בו. מקרה זה הוא מקרה חמור במיוחד, שכן הסיכון הנורא מכל התממש, בעבירת אלימות קשה וברוטאלית ובקיפוח חיי אדם.
4. אולם, מעבר לכך, גם התנהלות הנאשם ביחס למנוח, מעוררת שאט נפש. מדובר היה בבן משפחה, בחבר אישי ובשותף עסקי. הנאשם, בבוגדנותו המכוערת, נקט בדרכי תחבולה ומרמה, להביאו למקום בו יוכל לפגוע בבן דודו, ללא עין צופיה. המקום, מקום בו מונח היה הנשק במסתור, הוא המקיים את היסוד הנפשי לפי [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a), כאשר הנאשם צריך היה להיות מודע לאפשרות כי ייעשה שימוש בנשק. הבאת המנוח אל מקום זה דווקא, מהווה נסיבה מחמירה, משמעותית ביותר.
5. הסעיף הקשה ביותר לקריאה בכתב האישום המתוקן, הוא סעיף 9, בו מסופר כי המנוח נורה "מטווח קצר של פחות ממטר אחד, על ידי הנאשם, או על ידי אדם אחר בנוכחות הנאשם כשהנאשם אדיש לאפשרות שהמנוח ימות כתוצאה מהירי. שש יריות פגעו בגופו של המנוח, בפלג גופו העליון". כפי שמפורט בהמשך, הכוונה לשש יריות לעבר בית החזה, מלפנים מן הצד ומאחור. כאשר מניחים לטובתו של הנאשם כי הוא אינו היורה, המסקנה היא, כלשון כתב האישום כי הנאשם היה "אדיש לאפשרות שהמנוח ימות". ודוק, מדובר ב"אדישות" ולא ב"קלות דעת" כהגדרתם [בסעיף 20](http://www.nevo.co.il/law/70301/20) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). "אדישות" זו קשה היא לעיכול. כיצד זה נורה בן דודך לעיניך, ואתה אדיש? כתב האישום אינו מגלה כל מעשה שעשה הנאשם כדי למנוע את המעשה הנורא. משמע, הנאשם אכן נותר "אדיש".
6. אדישות זו מהווה נסיבה מחמירה חשובה ביותר. כזכור, אחד השיקולים שמנה הנשיא ברק ב**סילגדו** לחוקתיות של הסעיף, הייתה כדי לעודד עבריינים בצוותא למנוע זה מזה ביצוע עבירות נוספות, אשר יביאו להחמרה בעונש של כולם. מעבר לשיקול ההרתעה, שפורט באותו פסק הדין, הדבר משליך גם על עקרון ההלימה. העונש ההולם עבריין שנותר "אדיש" לעבירה שונה או נוספת, הוא עונש חמור, חמור יותר מעונשו של מי שניסה למנוע אותן או לפחות "החזיק תקווה למנען" כלשון [סעיף 20](http://www.nevo.co.il/law/70301/20) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). הנאשם דנן הביא את המנוח כדי לפגוע בו, המנוח בפועל נורה למוות, והנאשם היה אדיש למראה עיניו, אדיש למותו של מיכאל חברו, אדיש לטרגדיה המתחוללת במשפחתו.
7. אציין בקצרה שאני מצטרף לחלק מן השיקולים לעניין העונש שפרטה חברתי השופטת סלוטקי, אך אין בידי להסכים לחלק אחר. כך, איני מסכים כי כתב האישום אינו מבחין בין הנאשם לבין האחר. יש להניח כי האחר ירה במו ידיו, והנאשם לא עשה את המעשה, לא תכנן לעשות המעשה, ואפילו לא היה שותף להחלטה לירות במנוח. קיים בהחלט פער איכותי משמעותי בין השניים. פער כפול, הנוגע הן ליסוד הפיזי של העבירה והן ליסוד הנפשי, אשר חייב לקבל ביטוי במסגרת [סעיף 40ט(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40i.a.2) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301).
8. חברתי ציטטה את קביעת בית המשפט העליון ב[ע"פ 7637/05](http://www.nevo.co.il/case/6002494) **שלמה יוסף נ' מדינת ישראל** (מיום 5.7.07), בהקשר לטענת הסנגורים דהתם "כי היה מקום ליצור מדרג ענישתי ביחס לחלקו של כל אחד באירוע בהתחשב בכך שלא נמצא מי ביצע את הדקירה הקטלנית", נקבע כי "אין להם להלין אלא על עצמם. בשתיקתם לא אפשרו להפיג את הערפל באשר לחלקו של כל אחד באירוע, ואין אפוא מקום לטענה הקשורה באינדיבידואליות הענישה".
9. לטעמי, יש כמה הבחנות חשובות בין אותו תקדים בעניין **יוסף** לבין המקרה דנן. ראשית, שם דובר בהרשעה על יסוד ראיות, כאשר בית המשפט רשאי להסיק מסקנות לחובת הנאשם משתיקתו, נוכח ראיות נגדו. כאן, עסקינן בכתב אישום מתוקן, סגור וחתום. שנית, שם מסקנת בית המשפט הייתה כי התקיים היסוד הנפשי של מודעות בפועל לאפשרות גרימת המוות, אצל *כל* המעורבים אשר השתתפו בפועל במעשה התקיפה, אשר היו מודעים לכך שחלקם מחזיקים סכינים, בעוד אצל הנאשם דנן הייתה מודעות בכוח בלבד (העניין של [סעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) לחוק, נבחן שם רק כאמרת אגב, שלא כמו אצלנו, [שסעיף 34א](http://www.nevo.co.il/law/70301/34a) לחוק הוא תנאי להרשעה). שלישית, המדובר בענישה שהושתה לפני תיקון 113 והבניית הענישה, כך שהיה שיקול דעת רחב יותר לבית המשפט במסגרת שיקולי הענישה. רביעית, העניין שנדון בהקשר לגזר הדין, היה המדרג בין המבצעים לבין עצמם, כאשר לא היה ידוע מי מהם דקר. לא נקבע שאין מקום להבחין כלל בין הדוקר בפועל לבין מי שלא דקר. כך, נוכח ההשתתפות של הכול בתקיפה נגזר עליהם שם 12 שנות מאסר, ועל הצעיר ללא עבר פלילי הושתו 10 שנות מאסר.
10. אני מסכים עם חברתי השופטת סלוטקי, אשר לא מצאה דמיון רב בין רוב התקדימים שהביאו הצדדים למקרה דנן, שכן הענישה בעבירות הריגה משתרעת על פני טווח רחב של עונשים, בהתאם לנסיבות המיוחדות של כל מקרה. עם זאת, דומני כי קנה מידה כלשהו ניתן לקבל, מהפסיקה. עוד אומר, כי אף שלעולם אין הריגה "מוצדקת" אם אין הגנה פורמאלית, אני מסכים בהחלט עם השופטת סלוטקי שיש מקום להבחין בין מצב בו המנוח פגע בדרך כלשהי בנאשם לפני המעשה, לבין המקרה דנן, בו לא מיוחסת למנוח כל התנהגות פסולה עובר למעשה, כמשתמע [מסעיף 40ט(א)(5)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40i.a.5) [וסעיף 40ט(א)(7)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40i.a.7) סיפא ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). במקרה דנן, אין כל אינדיקציה להתנהגות פסולה כלשהי של המנוח, עובר למעשה.
11. נוכח כל האמור, באיזון בין המעשה המחריד בנסיבות חמורות מחד גיסא, לבין היסוד הנפשי הקל ומידת האשם הפחותה מאידך גיסא, ובשים לב גם לעבירת הנשק החמורה, לו נשמעה דעתי, ייקבע כי **האיזון יימצא בקביעת מתחם עונש ראוי הנע בין 6 לבין 12 שנות מאסר בפועל**. משמע, יש לקבל את טענת הסנגור, כי העונש שהמדינה מבקשת להטיל חורגת ממתחם העונש הראוי.

**נסיבות בתוך המתחם וענישה אינדיווידואלית**

1. אני מסכים עם חברתי השופטת סלוטקי כי עברו הפלילי של הנאשם מכביד, מכביד למדי. הנאשם הורשע בעבר במעשי עבירה מגוונים, בהם שני מעשי שוד, האחד שבוצע לפני העבירה דנן, והאחד אחריו. הוא ריצה עונשי מאסר כמה פעמים והינו אסיר כעת.
2. חברתי השופטת סלוטקי ייחסה משקל ממשי להודאת הנאשם. אני מסכים עמה שיש חשיבות להודאה ויש חשיבות לנטילת האחריות, עבור בני המשפחה. כפי שציינה השופטת סלוטקי, סיום המשפט אשר בעצם ניהולו מעורר כל יום זיכרונות מחדש, וסיום הספקות לגבי נסיבות האירוע, מאפשרים לבני המשפחה לפנות עצמם, מבחינה רגשית, לתהליך השיקום הארוך והממושך הצפוי להם. אוסיף על כך כי יש ליתן משקל מה גם לחסכון במשאבי ציבור על ידי סיום המשפט, ללא ניהול של פרשת הגנה, סיכומים וכתיבת הכרעת דין.
3. יחד עם זאת, אני סבור שאין להפריז במשקל ההודיה. אין מדובר במי שהביע חרטה מיד לאחר מעשה, או אפילו מיד לאחר שנתפס. הנאשם הודה, במסגרת הסדר טיעון שלקח בחשבון את האינטרסים של הצדדים. הנאשם לא הביע חרטה, לא הביע צער, לא הביע רצון לשקם או להשתקם, ולא פנה לבני משפחת המנוח בכל אמירה. אמנם אין לזקוף לחובתו את ניהול המשפט עד כה, אך בוודאי שהיה להודיה משקל רב יותר, אילו חסך את שמיעת עדי התביעה, ובמיוחד את עדותם המיוסרת של האם, האחות, האח והחברה, אודות נוראות ליל החיפושים אחר המנוח.
4. נוכח השיקולים האמורים, על העונש המוטל על הנאשם לנטות לצד העליון של מתחם הענישה. עם זאת, נוכח הודאת הנאשם על ערכה המוגבל, כאשר העבר הפלילי מכביד אך לא קיצוני וחריג, ובהעדר נסיבות שליליות אחרות, אין להשית את העונש המרבי במסגרת המתחם, ולא מאוד קרוב לכך.
5. לפיכך, **לו תשמע דעתי, יוטל על הנאשם עונש מאסר בפועל בן 10 שנים**.
6. **לעניין יתר רכיבי הענישה, אני מסכים עם חברתי השופטת סלוטקי**.
7. לעניין חפיפת עונשי המאסר, אבקש להדגיש כי לא זו בלבד שאין הצדקה להורות על חפיפה של עונשים כאשר מדובר במי שצבר מספר מעשי עבירה חמורים, כפי שציינה השופטת סלוטקי, הרי במקרה זה, עונש המאסר האחרון שהוטל עליו ב[ת"פ 11790-01-14](http://www.nevo.co.il/case/11226313) בבית משפט השלום בקרית גת, ביום 31.5.15, כבר נושא בחובו חפיפה חלקית של 9 חודשי מאסר בפועל עם העונש שהוטל בבית המשפט המחוזי בלוד, ביום 14.1.15, בתיק [9126-07-14](http://www.nevo.co.il/case/17027713). משמע, כבר הייתה התחשבות בנאשם בהקשר זה. מדובר במעשים שונים ונפגעים שונים, ואין כל נימוק משמעותי להתחשבות נוספת בנאשם. לפיכך, יש להטיל עונש שהוא כולו במצטבר, בניכוי ימי המעצר בתיק זה בלבד. היינו, ימי מעצר, שאינם חופפים למאסרו או מעצרו בתיקים אחרים, והכל כפי שמציעה השופטת סלוטקי.

|  |
| --- |
|  |
| **אלון אינפלד, שופט** |

**השופט א. חזק**

מסכים לחוות דעתו של השופט אינפלד, בכפוף להערה הבאה : הדברים שצוינו בחוות הדעת בפרק העוסק ב"קביעת המתחם", ובעיקר הדברים שבסעיפים 26, 27, שבהם ניתנה ההתייחסות גם לאדישותו של הנאשם בעת שירו בבן דודו בנסיבות שצוינו, יחייבו קביעת מתחם ענישה מחמיר יותר שנע בין 8-14 שנים. לאור זאת אמליץ לחברי לגזור על הנאשם 12 שנות מאסר.

|  |
| --- |
|  |
| **אריאל חזק, שופט** |

**אשר על כן ובהתאם** [**לסעיף 80(ג)(2)**](http://www.nevo.co.il/law/74849/80.c.2) **רישא ל**[**חוק בתי המשפט**](http://www.nevo.co.il/law/74849) **[נוסח משולב], התשמ"ד-1984, אנו דנים את הנאשם לעונשים הבאים:**

1. **12 שנות מאסר בפועל** בניכוי ימי המעצר, מיום 14.11.13- 13.12.13. עונש המאסר ירוצה במצטבר לעונש המאסר שהנאשם מרצה כעת.
2. שתי שנות מאסר על תנאי למשך שלוש שנים שלא יעבור עבירה מסוג פשע.
3. הנאשם יפצה את משפחת המנוח בסכום של 258,000 ₪.

מתוך סכום זה 150,000 ₪ יהיו לזכות אמו של המנוח והיתרה תחולק בחלקים שווים בין אחי המנוח.

הפרטים לשם העברת הפיצויים ימסרו למזכירות על ידי המאשימה.

**5129371ניתן היום, י"ד חשוון תשע"ז, 15 נובמבר 2016, במעמד הצדדים.**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **54678313** |  |  |  |  |
| **חני סלוטקי, שופטת**  **אב"ד** |  | **אלון אינפלד, שופט** |  | **אריאל חזק, שופט** |

5129371

54678313

חני סלוטקי 54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](http://www.nevo.co.il/advertisements/nevo-100.doc)